



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

MARIANA BERNARDES TORRES

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO:
UM ESTUDO DE CASO DA ADPF N° 54**

Brasília
2013

MARIANA BERNARDES TORRES

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO:
UM ESTUDO DE CASO DA ADPF N° 54**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Novas Tendências do Direito Público.

Orientadora: Prof. MSc. Larissa de Paula Gonzaga e Castro.

Brasília
2013

MARIANA BERNARDES TORRES

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO:
UM ESTUDO DE CASO DA ADPF Nº 54**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós-graduação *Lato Sensu* em Novas
Tendências do Direito Público.

Orientadora: Prof. MSc. Larissa de Paula
Gonzaga e Castro.

Brasília, ____ de _____ de 2013.

Banca Examinadora

Prof. MSc. Larissa de Paula Gonzaga e Castro

Prof. MSc. Saul Tourinho Leal

Prof. Dr. Gilson Ciarallo

Aos meus pais, que não mediram esforços para a realização dos meus sonhos, sempre me incentivaram a prosseguir e me ofereceram um grande caminho: o estudo.

AGRADECIMENTOS

Deixo aqui os meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente para realização deste trabalho.

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, pela constante presença em minha vida e por tornar tudo possível. Ele, primeiro criador criativo, me deu coragem para questionar realidades e galgar sempre por um mundo de possibilidades.

Aos meus pais, Milene e Torres, por acreditarem e investirem em mim. O seu apoio e incentivo sempre foram essenciais no decorrer da minha caminhada.

À minha irmã, Karoline, e aos meus amigos, pelas pausas entre um parágrafo e outro que melhoram todas as minhas produções nesta vida.

À minha orientadora, Larissa de Paula Gonzaga e Castro, pelo incentivo, auxílio e dedicação dispensados à realização deste trabalho.

Aos demais professores desta instituição, em especial ao professor Saul Tourinho Leal, e aos meus colegas de curso pelas ideias compartilhadas, os conselhos e comentários valiosos. Cada um contribuiu a sua maneira para a minha formação pessoal, acadêmica e profissional.

“No entanto, é preciso experimentar para conhecer. Não podemos nos contentar com o velho apenas porque a ele nos acostumamos. Devemos oportunizar a chegada do novo, pois enquanto o velho não morre, o novo não nasce. E as decisões recentes do STF, STJ e Tribunais ordinários refletem esse desejo pelo novo. Se este não for o melhor modelo, ao menos, tem-se mostrado útil aos anseios sociais e por isso, merece elogios.”

Adriana Monteiro Ramos

RESUMO

A atuação do Supremo Tribunal Federal como “legislador positivo” se fortalece em meio a um novo contexto constitucional, em que é cabível ao Judiciário fazer valer o clamor popular - mesmo que para isso assuma uma faceta legiferante. Há quem considere isto, uma violação ao princípio da separação dos poderes. Todavia, tal prática tem acompanhado os movimentos sociais, políticos e ideológicos no intuito de proteger e dar voz às minorias, suprir as lacunas legais e promover princípios basilares tidos, anteriormente, como meros conceitos programáticos. O presente trabalho busca transmitir os limites e potenciais reais da intervenção do Poder Judiciário em esfera exclusiva do Poder Legislativo no que diz respeito à inovação do ordenamento jurídico mediante a interpretação criativa das normas positivadas e o proferimento de sentenças manipulativas aditivas, além de identificar as causas, enumerar as críticas e salientar a importância do ativismo judicial na relação entre os poderes para a satisfatória efetivação de suas funções, tomando como objeto de estudo, dentre inúmeras possibilidades, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que versou sobre a interrupção gestacional de feto anencéfalo e incluiu um novo permissivo legal ao rol de excludentes de ilicitude do aborto ao final do julgamento desta ação.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Legislador positivo. Separação dos poderes. Ativismo judicial. ADPF nº 54.

ABSTRACT

The role of the Supreme Court as a “positive legislator” is strengthened amid a new constitutional context, in which it is appropriate for the Judiciary branch to enforce popular outcry - even if it signifies taking on a legislative facet. Some will consider this a violation of the powers separation principle. However, such practice has accompanied the social, political and ideological movements in order to protect and give voice to minorities, to fill legal gaps and promote basic principles that were previously taken as mere pragmatic concepts. This work aims to demonstrate the limits and the potential of the intervention of the Judiciary in the exclusive sphere of the Legislative in what regards the following: legal innovation by creative interpretation of the rules and the proffering of manipulative additive sentencing, as well as identification of the causes, enumeration of the critics and reinforcement of the importance of legal activism within the relationships between the powers for a satisfactory completion of its functions. The object of this study, among innumerable possibilities, the claim of breach of fundamental precept n° 54, which expounded upon discontinuation of pregnancy anencephalic fetus and included anew list of the permissive statutory exclusionary illegality of abortion to end the trial of this action.

Key words: Supreme Court. Positive legislator. Powers separation. Judicial activism. ADPF n° 54.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	11
1.1 Conceituação de poder	11
1.2 Breve histórico sobre a separação de poderes	12
1.3 Separação entre poder legislativo e poder judiciário	19
2 DO NEOCONSTITUCIONALISMO	22
2.1 Ativismo judicial	25
2.2 Juiz ou legislador?	29
3 DO ESTUDO DE CASO: ADPF N° 54	32
3.1 Breve relatório	32
3.2 Argumentação do Supremo Tribunal Federal	35
3.3 Análise da argumentação	38
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

Consagrado no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, o princípio da separação dos poderes descreve o Executivo, o Legislativo e o Judiciário como independentes e harmônicos entre si. Tais características nos levam a crer que a cada um dos poderes é credenciado um plexo de competências e funções típicas que, se realizados conjuntamente, garantem a satisfação do interesse público.

Assim, tradicionalmente, cumpre ao Poder Executivo o exercício das funções de governo e administração; ao Poder Legislativo a elaboração das leis enquanto atos normativos primários; e ao Poder Judiciário o exercício da jurisdição.¹

Ocorre que, em face da omissão do Poder Legislativo na elaboração de leis que acompanhem a realidade social e da não concretização dos direitos fundamentais sociais por parte do Poder Executivo, vem sendo ampliada a atuação do Poder Judiciário nestas outras esferas de poder.

Em diversas decisões, o Supremo Tribunal Federal é órgão capacitado para afastar do sistema jurídico brasileiro as normas inconstitucionais, sem criar ou inovar o sistema normativo positivamente, atuando como legislador negativo, e ainda provocar a efetivação das funções dos demais poderes. É o caso do controle de constitucionalidade por intermédio do mandado de injunção, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão quando falta norma regulamentadora que torne viável o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, e também da ação de descumprimento de preceito fundamental.

Em outras decisões, adotando a teoria concretista², o Supremo Tribunal Federal amplia os limites de sua competência em detrimento de outros órgãos estatais e passa a atuar como legislador positivo visto que ele tem a palavra final para interpretar a Constituição e definir os limites de suas próprias prerrogativas.

¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p 91.

² Desde o julgamento do MI 670, 708 e 712 em 2007, o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado favorável à prolação de algumas decisões diante da ausência de norma regulamentadora, suprimindo lacunas e estendendo os efeitos ora a todos aqueles que se encontrem em idêntica situação (teoria concretista geral), ora apenas ao impetrado (teoria concretista individual).

Lutas partidárias, CPIs sucessivas e intermináveis, uma série de escândalos envolvendo os representantes eleitos e medidas provisórias com trancamento de pauta também contribuem para a paralisia legislante do Congresso Nacional e reforçam uma mudança de posicionamento por parte do Tribunal, facilmente identificável em alguns casos emblemáticos, a constar da ADPF nº 54 que versa sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, objeto de estudo da presente pesquisa.

Não resta dúvida de que envolvimento por princípios, valores e ideais inscritos na própria Constituição tal realidade venha se fortalecendo e sendo potencializada, sendo considerada inclusive uma das características do chamado neoconstitucionalismo.

O presente trabalho tem como tema a atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto legislador positivo e a dicotomia invasão de competência e possível rompimento com o consenso tradicional da separação dos poderes provocada a partir da análise do caso concreto da ADPF nº 54.

O objetivo geral deste trabalho é compreender e observar a criticada intervenção do Poder Judiciário em temas que, por vezes, se confundem com a competência dos demais poderes, analisando os seus limites e potenciais reais. Os objetivos específicos consistem em identificar as causas do ativismo judicial; verificar as críticas da doutrina com relação ao desrespeito ao emprego do princípio da separação dos poderes em sentido estrito; contextualizar a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo; e investigar a importância do ativismo judicial para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais.

Para alcançar esses objetivos, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental por meio de livros, artigos publicados, jurisprudência, revistas eletrônicas, sites da internet, teses e dissertações sobre o assunto, entre outros, no intuito de averiguar a opinião de diferentes juristas e estudiosos sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto legislador positivo, traçando paralelos entre o panorama visualizado na doutrina e o provimento dos votos dos magistrados durante o julgamento da ADPF nº 54.

Do ponto de vista social, esta reflexão espera contribuir para que a sociedade rompa com o paradigma de que somente alguns poderes do Estado

possam promover meios para a efetivação dos seus direitos. Sob a ótica acadêmica, o estudo pretende identificar se a elevação do Supremo Tribunal Federal ao patamar de legislador positivo beneficia ou prejudica a proteção do Estado Democrático. Do ponto de vista da pesquisadora, o interesse por esse tema nasceu de uma percepção pessoal da necessidade de uma análise mais detalhada da ADPF nº 54, não mais a partir das acaloradas discussões acerca de vida, morte, aborto ou dignidade da pessoa humana, mas sob a perspectiva de extensão do poder legiferante ao Supremo Tribunal Federal em caso de omissão do Congresso Nacional.

O presente trabalho foi então estruturado em três capítulos.

No primeiro capítulo, apresentam-se a conceituação de poder, um breve histórico sobre a separação dos poderes e uma reflexão sobre a ligação existente entre o poder legislativo e o judiciário; o segundo capítulo proporciona uma análise sobre o neoconstitucionalismo, esmiuçando as causas, as objeções, a importância e os reflexos do ativismo na relação entre os poderes; no terceiro e último capítulo, apresenta-se como estudo de caso a arguição de descumprimento de preceito fundamental enumerada em nº 54, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, cuja análise versará a respeito da possibilidade de interrupção gestacional de feto anencéfalo direcionada à atuação como “legislador positivo” do Supremo Tribunal Federal, além de mencionar a resposta do legislativo a este feito, por meio da PEC nº 33/2011.

1 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

É indubitável que a teoria da separação dos poderes desempenha papel primordial na configuração do Estado, evitando a concentração absoluta do poder e propagando-se como instituto essencial para a conformação da democracia moderna em todo mundo ocidental, no decurso dos últimos dois séculos.

Para posterior análise jurídica certa e fundamentada, o presente capítulo versará sobre a conceituação de poder, a evolução histórica da separação dos poderes uma vez que Montesquieu não foi o primeiro e nem o único a propor o corolário deste instituto e, por fim, uma breve consideração sobre a separação entre poder legislativo e judiciário.

1.1 Conceituação de poder

A temática do poder encontra-se disposta em diversas áreas de conhecimento sob a acepção de faculdade, capacidade, força, possibilidade de agir ou recurso que promova a realização de um determinado fim.

À luz da sociologia, o poder é admitido como uma habilidade de influência voluntária que um indivíduo pode exercer no comportamento de outro, seja de forma econômica, ideológica ou política.³

Por esse motivo, Michel Foucault atentou para a não existência do poder como um elemento estático, mas para a sua realidade dinâmica no que diz respeito às relações de poder.

O poder não existe. Eu quero dizer isto: a ideia que há, um lugar qualquer, ou emanado de um ponto qualquer, algo que é um poder, (Tal ideia) parece-me descansar sobre um análise falsificada, e que, em todo caso, não se dar conta de um número considerável de fenômenos.⁴

³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora UnB, 1998. vol 2. p 933-943.

⁴ FOUCAULT, Michel. Dits et écrits, 2001. Apud: MARINHO, Ernandes Reis. **As relações de poder segundo Michel Foucault**. Disponível em: <www.facitec.br/ojs2/index.php/erevista/view/7>. Acesso em: 18 maio 2013.

Sob o mesmo ponto de vista, Max Weber asseverou que “poder significa toda probabilidade de impor a vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”.⁵

Independentemente de seu surgimento a partir de relações entre os indivíduos de uma sociedade ou entre os indivíduos e o Estado, o poder será concebido como uno, indivisível e soberano.

Conforme ensina Polveiro Júnior:

Nas formas primitivas de organização social, ainda tribais, vemos o poder concentrado nas mãos de um único chefe, soberano e absoluto, com poder de vida e morte sobre seus subordinados, fazendo e executando as leis. Quando muito, contava ele com o auxílio de um Conselho, normalmente composto pelos mais velhos, para dirigir os destinos da tribo.⁶

Em outras palavras, o reincidente cometimento de abusos por parte de um exercício de poder concentrado e sem limites acabou reforçando a necessidade de previsão e fixação de alguns mecanismos de contenção do totalitarismo e de distribuição equilibrada das funções estatais. É o caso do instituto da separação dos poderes tratado na seção a seguir.

1.2 Breve histórico sobre a separação dos poderes

A tripartição de funções do Estado foi primeiramente vislumbrada por Aristóteles em sua obra “A Política” durante o período da antiguidade clássica, no intuito de esclarecer a distribuição de poderes para o estabelecimento e a manutenção da administração na polis grega, tendo como base a constituição mista.⁷

⁵ WEBER, Max. Economia e sociedade, 1991. Apud: VALENTE, Daniel Carvalho Oliveira. **Teoria traz novas concepções às relações de trabalho**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2009-jun-26/conceito-poder-concepcao-relacoes-trabalho>. Acesso em: 18 maio 2013.

⁶ POLVEIRO JÚNIOR, Elton E. **Desafios e perspectivas do poder legislativo no séc. XXI**. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD30-EltonPolveiroJr.pdf>. Acesso em: 16 maio 2013.

⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da.; REINERT, Larissa Friedrich. **A legitimidade na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da doutrina de Niklas Luhmann**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11036&revista_caderno=9>. Acesso em: 27 abr. 2013.

Tal constituição deve ser entendida como aquela em que o exercício do poder político não se concentra em apenas um grupo social, sendo comum a todos os que constituem a sociedade, tendo em vista que Aristóteles, assim como o seu mestre Platão, considerava injusta e perigosa a atribuição do poder pleno a apenas um indivíduo.⁸

Para tanto, o autor sustentava serem essenciais três poderes que se bem constituídos refletiriam em um governo inevitavelmente bom, a constar:

O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.⁹

Em outros termos, a concepção aristotélica reconheceu função legislativa ou deliberativa a aquele poder que decreta pena de morte, de banimento e de confisco; contrai e rompe alianças; elabora e supre leis; determina sobre a paz e a guerra ou qualquer outra decisão de interesse do Estado discutida em assembléia. A função executiva, por sua vez, é designada ao poder que exerça ofício governamental e desempenhe atividades direcionadas ao bem comum. A função judiciária, por fim, é conduzida pelo terceiro poder executadas por oito espécies de tribunais e juízes no intuito de solucionar conflitos de toda natureza e arrecadar impostos.

Desde então são perceptíveis algumas características que viriam a culminar na atual teoria da separação dos poderes. Entretanto, cumpre ressaltar que Aristóteles apenas descreveu a realidade em que estava inserido, não formulando uma teoria propriamente dita que conferisse os poderes descritos a órgãos independentes e especializados.

Isto se encontraria completamente inviabilizado ao ser colocado em prática na época, devido ao choque de interesses visto que a fragmentação do

⁸ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora Limitada, 1989. p 31.

⁹ ARISTÓTELES. **A Política**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2013.

exercício de poder retardaria a tomada de decisões e enfraqueceria o processo de conquistas e a ampliação de domínios greco-romanos.¹⁰

Alguns anos mais tarde, na França iluminista, Jean-Jacques Rousseau foi precursor da versão mais radical da doutrina da separação dos poderes, visivelmente carregada de ideais monistas.

Conforme o autor, o poder legislativo deveria se estabelecer como soberano por ser intérprete autêntico da expressão da vontade geral através da emanção de leis. O poder executivo, porém, surgiria como mero subordinado do legislativo, dando cumprimento ao disposto nas leis sem qualquer autonomia decisória ou direito de veto.¹¹

Diante disso, a divisão rousseauiana dos poderes decorria de razões exclusivamente funcionais, desligada de qualquer referência de grupos sociais, como ocorria com a constituição mista de Aristóteles. Isto é um reflexo da indivisibilidade da soberania e, conseqüentemente, da indivisibilidade substancial do poder estatal descritos na obra “Do Contrato Social” em que Rousseau defende ter caráter uno e insétel.¹²

Sobre o tema, discorre Piçarra:

O tema da separação-balança dos poderes assume relevância política apenas a propósito do poder executivo, com o preciso fim de impedir que ele se torne um efetivo pólo de poder, autônomo e capaz de se opor ao poder legislativo. Para garantir aquele monismo, Rousseau admite a repartição do poder executivo, e apenas dele, por diversas partes constitutivas, de modo a enfraquecê-lo perante o soberano. Muito longe de servir a moderação ou limitação do poder estadual, essa repartição serve apenas para reforçar o caráter absoluto do poder legislativo soberano, o que na ótica do autor equivale a garantir a liberdade dos cidadãos, pois um povo livre obedece às leis de que é autor e apenas a elas.¹³

¹⁰ RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. **Teorias da separação dos poderes**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2074>. Acesso em: 28 abr. 2013.

¹¹ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora Limitada, 1989, p 135.

¹² BRUNO NETO, Francisco. **A separação dos poderes**. Disponível em: <<http://www.profbruno.com.br/03%20DIREITO%20CONSTITUCIONAL/RES%2047a%20AULA%20-%20A%20SEPARA%C7%C3O%20DOS%20PODERES.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2013.

¹³ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora Limitada, 1989, p 138.

John Locke inova na apresentação da distinção dos poderes estatais propondo funções outras que não as clássicas. Legislativo, executivo e federativo constituem, com este autor, os poderes por excelência.

Ao poder legislativo compete a elaboração das leis que devam ser cumpridas, ponderando consentimento e reconhecimento públicos. É considerado como um poder sagrado e inalterável nas mãos de quem foi eleito pela comunidade.

Sobre as prerrogativas do legislativo, discorre Albuquerque:

Ao poder legislativo, independentemente da forma de governo na qual se encontra, são conferidos, pela sociedade, pela lei de Deus e pela lei de natureza, diversas atribuições.

Em primeiro lugar, é preciso estabelecer e promulgar leis permanentes que não deverão variar sob nenhuma hipótese, e que deverão ter valor equânime para ricos e pobres, para favoritos na corte ou camponeses no arado. [...]

Em segundo lugar, tais leis devem destinar-se exclusivamente ao bem comum, isto é, estabelecer uma lei de caráter permanente e com juízes autorizados para, à luz da lei promulgada, decidir os direitos dos indivíduos. [...]

Em terceiro lugar, o poder legislativo tem que assegurar a propriedade dos indivíduos sem que, por nenhuma hipótese, possa dos mesmos retirá-la em parte ou totalmente.¹⁴

O poder executivo está apto a se constituir enquanto poder permanente em contraposição à transitoriedade do poder legislativo, além de realizar o que as leis positivadas determinam possuindo faculdades que o permitem preencher as lacunas legais em prol do bem comum.¹⁵

O poder federativo, seguramente compreendido como parte do poder executivo, é detentor de decisões referentes ao que é de interesse do Estado, mas externo a ele.

Com Locke, ainda é visível uma exaltação do poder legislativo em detrimento aos outros poderes, o que reflete claramente na consagração da *rule of law* para o fortalecimento de sua teoria. Em sua obra, “Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos”, pontua que:

[...] não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas

¹⁴ ALBUQUERQUE, Armando. **A teoria da separação de poderes na doutrina política de Locke**. Disponível em: <http://armandoalbuquerque.com/albuquerque_armando_2001.pdf>. Acesso em: 09 maio 2013.

¹⁵ ALBUQUERQUE, Armando. **A teoria da separação de poderes na doutrina política de Locke**. Disponível em: <http://armandoalbuquerque.com/albuquerque_armando_2001.pdf>. Acesso em: 09 maio 2013.

poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei à sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo.¹⁶

Neste modelo de separação de poderes, não há que se falar em função judiciária visto que cabe ao povo exercer o seu “direito fundamental de revolução” por meio de quem o representa, em resposta a quaisquer irregularidades dos poderes mencionados, durante o exercício de suas atribuições.¹⁷

Piçarra resumiu em três juízos a contribuição de Locke na autoria da doutrina da separação dos poderes:

[...] a que o vê como seu autor original; a que, atribuindo a Montesquieu a exclusiva autoria da doutrina, vê em Locke um mero precursor daquele, na medida em que na sua obra política fundamental, os *Two Treatises of Government*, apenas se encontram traços rudimentares e incompletos da doutrina; e, finalmente, a de que não se encontra na obra de Locke nenhuma doutrina da separação dos poderes, entendida como exigência de separação e equilíbrio interorgânico, mas simplesmente uma distinção das funções estaduais.¹⁸

Prezo considerar como pertinente a segunda tese levantada pelo autor, em que Locke contribui significativamente para a propositura da insigne teoria em Montesquieu. Ambos os autores reconhecem que os poderes legislativo, executivo e judiciário devam ser atribuídos a diferentes pessoas por tratarem de funções essencialmente distintas sem desconsiderar uma relação de coordenação entre eles.

Ocorre que, em Locke, o repartimento de poderes ponderava pela subordinação do executivo ao legislativo enquanto que, em Montesquieu, a harmonia e a interdependência dos três órgãos conferiam contornos específicos e determinados aos poderes, encaminhando-os à sua forma mais aceita na atualidade.

Em “Do Espírito das Leis”, ao apresentar rico e inesgotável conhecimento sobre os limites de poder e a garantia da liberdade política, mais interessado em

¹⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994. p 170.

¹⁷ PELICIONI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação de poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 169. jan. 2006, p. 21-30.

¹⁸ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora Limitada, 1989, p 63.

alcançar o equilíbrio entre os poderes do que a sua própria divisão, Charles de Montesquieu sistematizou a teoria dos freios e contrapesos.

Pioli afirma que:

A ideia era impor limites aos governos absolutistas, justamente estabelecendo autonomia e os limites de cada um dos poderes, criando um sistema de freios e contrapesos no qual a contenção do poder é feita pelos próprios poderes.

Dentro desse sistema de freios e contrapesos cada poder é autônomo e exerce uma função determinada, que deve também ser controlada pelos outros poderes, no intuito de conter abusos e evitar um desequilíbrio.¹⁹

Esta teorização tornou-se efetivamente essencial para a constituição do Estado moderno, embora não esteja isenta de obscuridades, imperfeições, ambigüidades e até mesmo de contradições. O poder de julgar em Montesquieu, por exemplo, é detentor de *status* de poder estatal apesar de seu caráter secundário, como declara o próprio autor:

Dos três poderes de que falamos, é o poder de julgar, de certo modo, nulo. Sobram dois. E, como estes têm necessidade de um poder regulador para temperá-los, a parte do corpo legislativo composta por nobres é muito apropriada para produzir esse efeito.²⁰

Entretanto, o sistema de *checks and balances* foi posteriormente retomado pelos federalistas americanos James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, na tentativa de mitigar a supremacia do poder legislativo, situar o poder judiciário no mesmo nível político dos outros dois ramos do governo e conferir maior igualdade na relação entre poderes.²¹ Assim, aperfeiçoaram o sistema adotado por Montesquieu e promoveram, por ora, vestígios de uma ‘superatividade’ da máquina judiciária.

Immanuel Kant também colaborou para o desenvolvimento da doutrina de divisão de poderes ao elevá-los a uma alta esfera de valoração ética, descrevendo o legislativo, o executivo e o judiciário como “irrepreensível”, “irresistível” e “inapelável”, respectivamente, e os descrevendo enquanto premissas de um

¹⁹ PIOLI, Roberta Raphaelli. **PEC 33 e a ofensa ao sistema de freios e contrapesos**. Disponível em: <ultimainstancia.uol.com.br/conteúdo/colunas/62610>. Acesso em: 12 maio 2013.

²⁰ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2000, p 167-168.

²¹ MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado brasileiro**. Disponível: <www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf>. Acesso em: 14 maio 2013.

silogismo: o legislativo assumiria maior vertente, seguido pelo poder executivo como vertente menor e conferindo ao judiciário uma feição conclusiva.²²

É indubitável que, com o passar dos anos, a contribuição destes célebres autores em suas obras clássicas fortaleceram a ordem prática da separação dos poderes incorrendo para que tal dispositivo adquirisse, em todo e qualquer ordenamento positivo, posição de invulgar importância por ser o reflexo da estrutura do Estado e do exercício do poder político.

Um exemplo disso foi a consagração da separação dos poderes, em 1789, como princípio formal fundamental no artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que dispõe:

Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação de poderes estabelecida não tem constituição.²³

A figura de Hans Kelsen não poderia ser omitida do presente estudo. Este autor combateu claramente a separação tricotômica por acreditar que as funções do Estado se resumiam à criação e execução de leis. Ademais, o pensamento kelseniano anunciava a separação dos poderes como uma ofensa à democracia, posto que o poder deva residir no povo ou naqueles que formam um colegiado eleito e juridicamente responsável perante ele.²⁴

Encerrando esta seção, oportuno se torna registrar que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil fixa a harmonia e a independência entre os três poderes propostos por Montesquieu com o objetivo de evitar a arbitrariedade e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem.²⁵ A estes poderes são designadas funções típicas e atípicas legalmente apresentadas no texto magno com a finalidade de que o Estado atinja os seus fins e coordene as suas atividades sem exclusão de uma ou de outra.

²² ALMEIDA, Flávio de. **Separação de poderes: separação ou distribuição de funções?**. Disponível em: <<http://amigonerd.net/humanas/direito/separacao-de-poderes-separacao-ou-distribuicao-de-funcoes>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

²³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p 354.

²⁴ ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **A teoria da separação de poderes na concepção kelseniana**. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/25645-25647-1-PB.html>. Acesso em: 14 maio 2013.

²⁵ BRITO, Ludmila Silva de. **Juizes legisladores: da ilegitimidade à insegurança**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15794-15795-1-PB.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2013.

1.3 Separação entre poder legislativo e poder judiciário

Como citado anteriormente, ao legislativo fora incumbida a propositura, o debate e a aprovação de leis de interesse comum, desde as suas primeiras aparições na teoria de separação dos poderes até hoje. Ele foi de supremo poder a poder mitigado, construindo a sua importância para a organização estatal no decorrer dos anos.

Ao poder judiciário cumprira o exercício da jurisdição tanto para a defesa dos direitos individuais, sociais e coletivos quanto para a resolução de conflitos entre cidadãos, entidades e o próprio Estado, considerando a sua liberdade criativa sob o viés interpretativo e outras funções atipicamente a ele atribuídas.

Contudo, é certo que a rígida separação dos poderes inexistente e por vezes, ambos os poderes se confundem com relação ao desempenho de algumas de suas funções e, hodiernamente, disputam por uma posição de destaque no cenário popular.

John Locke, por exemplo, defendeu a não distinção entre função judiciária e legislativa em tal grau que elas poderiam representar duas facetas distintas de um mesmo poder. Deste modo, caso houvesse a separação formal entre ambas, os direitos dos indivíduos estariam sendo colocados em risco como se pode inferir do seguinte trecho de sua obra:

Os homens passam assim do estado de natureza para aquele da comunidade civil, instituindo um juiz na terra com autoridade para dirimir todas as controvérsias e reparar as injúrias que possam ocorrer a qualquer membro da sociedade civil; este juiz é o legislativo, ou os magistrados por ele nomeados. E onde houver homens, seja qual for seu número e sejam quais forem os elos que os unem, que não possam recorrer à decisão de um tal poder, eles ainda estão no estado de natureza.²⁶

Em remate, cito Norberto Bobbio:

[...] a função do juiz imparcial é exercida, na sociedade política, eminentemente pelos que fazem as leis, porque um juiz só pode ser imparcial se existem leis genéricas, formuladas de modo constante e uniforme para todos.²⁷

²⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994, p 134.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p 233.

Somente com Montesquieu, a função judicial propriamente dita foi reinserida na teoria de separação dos poderes, em contraposição à divisão em Locke que somente abarcava a função legislativa e executiva. Os poderes não mais se mesclam, mas se associam.

Destarte, esclarece Godoy:

Montesquieu talvez tivesse em mente apenas a defesa das liberdades individuais; quando legislativo e executivo se confundissem numa só pessoa não haveria espaço para a liberdade: leis tirânicas seriam executadas tiranicamente. Se a prerrogativa para o julgamento não fosse distinta das demais, o julgador se tornaria um legislador, exercendo poder autoritário sobre os cidadãos. Mais. Para Montesquieu a aliança entre o julgador e o executivo qualificaria a opressão.²⁸

Ainda é possível, no ordenamento jurídico pátrio, verificar a existência do instituto da separação dos poderes nos moldes da tripartição funcional desenvolvida por Montesquieu, resguardando a possibilidade de intervenção de um poder em outro em respeito ao sistema de freios e contrapesos.

Como disposto no artigo 44 da Constituição Federal, na União, o Poder Legislativo se constitui a partir do Congresso Nacional em formato bicameral, ou seja, composto por Senado Federal e Câmara dos Deputados. Dentre as suas funções típicas compreende a formulação de leis, resguardada a participação dos entes federados pelo Senado e a participação popular pela Câmara; e a fiscalização de atos do Poder Executivo (artigos 22, 24, 48 a 52 da Constituição Federal). Atipicamente, o Legislativo julgará autoridades, incluindo o Presidente da República, quando estas incorrerem em crimes de responsabilidade (artigos 52 e 86 da Constituição Federal).

Cumprе salientar que a divisão de poderes se estende a todos os outros entes federativos, tais como Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. A cada um deles foram dispostas suas respectivas competências que versam precipuamente sobre suas funções típicas e atípicas veladas pela Magna Carta, respeitadas as suas particularidades.

Este foi o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn nº 872/RS, em que decidiu:

²⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **A tripartição dos poderes em Montesquieu**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-14/embargos-culturais-triparticao-poderes-montesquieu>>. Acesso em: 16 maio 2013.

[...] não obstante a ausência de regra explícita na Constituição de 1988, impõem-se aos Estados-membros a observância das linhas básicas do correspondente modelo federal, particularmente as de reserva de iniciativa, na medida em que configuram elas prisma relevante do perfil do regime positivo de separação e independência dos poderes, que é princípio fundamental ao qual se vinculam compulsoriamente os ordenamentos das unidades federadas.²⁹

Analogamente disposta em níveis federal e estadual, se encontra a organização e a divisão das funções do Poder Judiciário. A ele compete precipuamente o exercício da jurisdição em casos concretos e, em caráter atípico, a sua atuação enquanto legislador.

Compõem o quadro inerente a este poder: o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça; o Superior Tribunal de Justiça; os Tribunais Regionais Federais e os juízes federais; os Tribunais e juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; além dos Tribunais especializados e seus respectivos juízes (artigo 92 da Constituição Federal).

Conforme Lênio Streck, em entrevista concedida à IHU On-Line, Montesquieu jamais cogitou um Judiciário com a conformação brasileira.³⁰ É certo que saímos da estagnação para o ativismo judicial em virtude da necessidade do cidadão em se mobilizar e buscar os seus direitos por outras vias. Os poderes não se inserem e nem se limitam, se expandem.

Esta possibilidade de atuação do Poder Judiciário além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica encontra-se fundada no fenômeno do neoconstitucionalismo, que será tratado no capítulo seguinte.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Inconstitucionalidade nº 872**. Relatora: Ministra Ellen Graice. Publicado no DJ em 20/09/2002. Republicado no DJ em 11/10/2002.

³⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Montesquieu nunca pensou em um Judiciário nos moldes brasileiros**. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4251&secao=383>. Acesso em: 16 maio 2013. Entrevista concedida a Márcia Junges.

2 DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Ao contrário da maioria dos conceitos constitucionais contemporâneos formulados a partir de modelos norte-americanos, o neoconstitucionalismo foi primeiramente articulado por espanhóis e italianos, reverberando na doutrina brasileira através da contribuição de Miguel Carbonell.

O autor compilou estudos elaborados por renomados juristas internacionais e salientou no próprio título de sua obra, “Neoconstitucionalismo (s)”, que este evento contemporâneo não corresponderia a uma única conceituação teórica clara e coesa, mas a diversas visões interligadas por denominadores comuns.

Entre os juristas nacionais, Luis Roberto Barroso identifica o fenômeno do neoconstitucionalismo como

[...] um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação do Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.³¹

Ana Paula de Barcellos ordena as principais características do neoconstitucionalismo em dois grupos, a citar o metodológico-formal e o material. De acordo com a autora, o primeiro grupo abarca a normatividade, a superioridade e a centralidade conferida à Constituição Federal em detrimento às demais normas jurídicas enquanto que, o segundo grupo incorpora conteúdos dotados de forte carga axiológica ao texto constitucional e pondera opções normativas e filosóficas quando houver conflito.³²

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

³² BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas.** Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 22 maio 2013.

Daniel Sarmiento afirma que o desenvolvimento do neoconstitucionalismo no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição Federal de 1988, acompanhando o processo de redemocratização do país. Com efeito, o poder judiciário assumiu um novo papel dentro do panorama político, assuntos de carga substancialmente valorativa passaram a ser regulados pelo texto constitucional, a ponderação tornou-se elemento comum nos julgamentos envolvendo conflitos entre direitos fundamentais e referências à magna carta tornaram-se ainda mais freqüentes em todo o ordenamento jurídico.³³

Pode-se dizer portanto que, consoante Lênio Streck, o neoconstitucionalismo se difundiu como

[...] uma técnica ou engenharia do poder que procura dar resposta a movimentos históricos de natureza diversa daqueles que originaram o constitucionalismo liberal, por assim dizer (ou primeiro constitucionalismo). Por isso, o neoconstitucionalismo é paradigmático; por isso ele é ruptural; não há sentido tratá-lo como continuidade, uma vez que seu “motivo de luta” é outro.³⁴

Entretanto, certas objeções, presumidas ou verdadeiras, não deixaram de ser contempladas pelos próprios doutrinadores que aderiram explicitamente à corrente neoconstitucionalista.

A primeira crítica se assenta na ideia de que o neoconstitucionalismo se reveste de um potencial antidemocrático ao enaltecer a ascensão institucional do poder judiciário. Decerto que a descrença geral da população em relação à política, o inativismo parlamentar, a “extroversão midiática” de alguns ministros e as inovadoras sessões televisionadas do Supremo Tribunal Federal impulsionam para esta centralização do poder. Contudo, se depositam no Judiciário, expectativas nem sempre atendidas de maneira satisfatória, uma vez que os juízes não são representantes diretos do povo e não mais limitam sua criatividade ao atuar em meio a conteúdos enigmáticos, vagos e polêmicos.³⁵

³³ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.danielsarmiento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013.

³⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 29 maio 2013.

³⁵ CANUT, Letícia; CADEMARTORI, Sérgio. **Neoconstitucionalismo e o direito à saúde: algumas cautelas para a análise da exigibilidade judicial**. Disponível em:

Em seguida, se critica o uso pouco racional, não fundamentado e descontrolado dos princípios e da ponderação em julgamentos controversos e de grande comoção nacional. Por mais que o “repertório” jurídico pátrio seja numeroso, volumoso, atulhado ou difícil de ser consultado, isto não pode ser óbice de pleno acesso ao direito e nem motivo de preterimento aos princípios em detrimento de normas positivadas. Esta é uma escolha perigosa.³⁶

Objecção bem mais forte se refere à panconstitucionalização, conexas de qualquer modo com as duas anteriores, na qual se admite a Constituição como uma espécie de “genoma jurídico”, um núcleo de verdade do qual tudo se deriva. Por isso, também é previsível um gradual processo de incidência constitucional nas relações privadas, no sentido de gerar obrigações positivas ou negativas aos indivíduos, a fim de impor novas exigências, inclusive as que invadam a sua esfera de opções existenciais.³⁷

É evidente que, algumas inovações jurídicas implicam em julgamentos desfavoráveis e censura por parte de doutrinadores e juristas tradicionalistas uma vez que, tomando-as no seu formato mais radical e extremo, estas não se conciliariam com as exigências fundamentais de segurança jurídica, democracia e liberdade.

Entretanto, diante das considerações até aqui formuladas, chego, finalmente, à conclusão de que o neoconstitucionalismo surge como uma forma de explicar o direito posto sob um novo paradigma, acentuando o dinamismo judiciário e contribuindo para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Fruto desse processo, o ativismo judicial importa na interpretação de normas jurídicas sem se limitar às restrições formais e objetivas existentes. Dela resultam os questionamentos acerca da essência deste meio: se é eficaz para a concretização dos direitos fundamentais ou se é uma violação ao princípio da separação dos poderes, como será exposto a seguir.

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/neoconstitucionalismo-e-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-algumas-cauteladas-para-an%C3%A1lise-da-exigibilidade-judi>>. Acesso em: 31 maio 2013.

³⁶ LIMA, Isan Almeida. **Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14737/neoconstitucionalismo-e-a-nova-hermeneutica-dos-principios-e-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 31 maio 2013.

³⁷ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013.

2.1 Ativismo judicial

Como primeira tentativa de aproximação ao tema, cumpre destacar que a conceituação designada ao ativismo judicial não é uniforme e é objeto de constantes debates doutrinários. Nas palavras de Saul Tourinho Leal, desde as suas raízes norte-americanas,

Há dificuldade em fixar critérios objetivos para uma conceituação sobre o termo ativismo judicial. A expressão está associada à ideia de exorbitância de competências por parte do Poder Judiciário. No Brasil, não é diferente. O tom é sempre pejorativo. Como já referido em linhas anteriores, chamar um tribunal de ativista é uma tentativa de atribuir-lhe algo negativo. O termo se reveste de cunho crítico.³⁸

Do mesmo modo, António José Ramos sustenta que

Nunca existiu uma definição única e aceite de ativismo judicial, tendo a expressão sempre incorporado uma variedade de significados. Nessa medida, alguns autores têm sugerido que atualmente ativismo judicial é um conceito praticamente vazio.³⁹

Dentre os autores que se arriscam a conceituar o termo de forma breve e útil para o meio acadêmico, José Augusto Delgado significa o ativismo judicial como “uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional”.⁴⁰

Luís Roberto Barroso, por sua vez, atribui ao ativismo judicial cunho de atitude proativa do magistrado ao interpretar a Constituição de maneira criativa, normalmente disposta em situações de retração do Poder Legislativo. Dele menciono:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a

³⁸ LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p 24.

³⁹ RAMOS, António José da Ascensão. **Ativismo judicial**. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com/doutrina/2012/antonioramos_ativismojudicial.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2013.

⁴⁰ DELGADO, José Augusto. Ativismo judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. **Processo Civil Novas Tendências**: homenagem ao professor Humberto Teodoro Jr. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p 319.

aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁴¹

Para Luiz Flávio Gomes, o ativismo judicial assume feições negativas com o viés de intromissão inoportuna do Poder Judiciário em função legislativa e apresenta duas espécies, a propósito das quais discorre da seguinte maneira:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o *ativismo judicial inovador* (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o *ativismo judicial revelador* (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.⁴²

Sigo ainda com a passagem de Vanice Regina Lírio do Valle que, corroborando o ensinamento de Kennan Kmiec, resume em cinco as principais conceituações do termo ativismo judicial, de uso corrente na atualidade, a aduzir:

a) a prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados de outros poderes; b) estratégias de não aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar “das salas das sessões”; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultados pré-determinados.⁴³

Destarte, a autora sintetizou em poucas palavras quais seriam as condutas dentre as quais o ativismo judicial pode se manifestar enquanto fenômeno contemporâneo, não se confundindo com a judicialização da política que se vincula “ao exame do Judiciário de temas de conteúdo eminentemente político, assuntos que, em geral, são tratados de forma independente pelo Executivo ou pelo

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

⁴² GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

⁴³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p 21.

Legislativo, mas que, por alguma circunstância, foram submetidos à apreciação judicial”.⁴⁴

Ou seja, a judicialização em demasia pode acarretar uma ampliação das decisões ativistas, mas o contrário não é necessariamente verdadeiro uma vez que o ativismo judicial está diretamente ligado à possibilidade de alteração dos contextos político-sociais por interesse do magistrado, enquanto que a ocorrência da judicialização independe da vontade dos membros deste poder.⁴⁵

Ao enumerar algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, Barroso afirma que:

O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Pessoalmente, acho que o modelo tem nos servido bem.⁴⁶

Dentre as possíveis causas do ativismo judicial, aponto: a) a falibilidade dos poderes Legislativo e Executivo no que diz respeito ao vácuo normativo e a não efetivação dos direitos fundamentais que prejudicam o atendimento das demandas sociais;⁴⁷ b) a ampla renovação na composição do Supremo Tribunal Federal, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a indicação de ministros que não desempenhavam nenhum cargo intimamente ligado aos outros dois poderes; c) a ampliação da atividade normativa do Pretório Excelso por meio de súmulas vinculantes que conferem tratamento uniforme, regular, seguro, eficiente e transparente aos indivíduos que se encontrem em situações semelhantes; d) um ambiente teórico favorável para a propagação do neoconstitucionalismo e, portanto,

⁴⁴ SOUZA, Danielle Aleixo Reis do Valle. **A Judicialização da Política Externa Brasileira: a disputa na OMC sobre os pneus reformados e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no STF.** Disponível em: <http://bdt.d.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6423>. Acesso em: 02 jun. 2013.

⁴⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 2 jun. 2013.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

⁴⁷ PETRACIOLI, Rafael da Silveira. **Ativismo judicial, democracia e direito eleitoral.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13579/ativismo-judicial-democracia-e-direito-eleitoral>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

de uma interpretação judiciária detentora de criatividade;⁴⁸ e) a retração e a crise enfrentada pelo Legislativo; f) a existência de uma Constituição com textura aberta; bem como g) a ampliação do rol de legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade.⁴⁹

Conforme Gláucia Milício, a prática ativista não se limita à Egrégia Corte, tendo se estendido às instâncias inferiores na tentativa de melhor promover a justiça, ainda que isso ultrapasse as barreiras da lei. A saber, no ano de 2009, a determinação do toque de recolher às 21h para menores de 12 anos estipulada pelo juiz da cidade de Taperoão, na Paraíba, motivada pelos altos índices de violência na região, já despertava polêmica jurídica com relação a esta intrigante prática de ativismo judicial.⁵⁰

Isto é, tal novidade não foi abraçada pela comunidade acadêmica por unanimidade, bem como aquela praticada pelo Supremo Tribunal Federal sob o argumento de “violar a separação dos poderes e atentar contra o primado da soberania popular, manifestada por seus representantes eleitos”.⁵¹

Oportuno se torna registrar que, o ativismo judicial nada mais é do que uma resposta dada pelos julgadores ao momento político atual vivido em *terrae brasilis*. Não há que se falar em “ditadura da toga” posto que a sua empregabilidade adequada tem conferido mais benefícios do que prejuízos no aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

No mais, finalizo com a contribuição de Daniel Sarmento que instiga à reflexão, retomada na próxima seção, ao dispor:

No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar das concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a

⁴⁸ POSSÍVEIS causas do recente ativismo judicial no STF. Disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/14081/14081_5.PDF>. Acesso em: 02 jun. 2013.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

⁵⁰ MILÍCIO, Gláucia. **Ativismo judicial estica limites da justiça**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/ativismo-judicial-ainda-cao-polemica-comunidade-juridica>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

⁵¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Críticas ao ativismo judicial**. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=1837>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência.⁵²

2.2 Juiz ou legislador?

Há quem diga, sem hesitações, que as competências do Supremo Tribunal Federal são, única e exclusivamente, aquelas que a Constituição lhe atribui. No entanto, em decorrência da expansão do neoconstitucionalismo e, conseqüentemente, do ativismo judicial, tornou-se comum falar em uma “transferência” do poder legiferante em caráter excepcional aos tribunais, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, o que contraria grande parte da doutrina e jurisprudência que defende a atuação do Poder Judiciário somente como “legislador negativo”.

Tradicionalmente, no exercício desta função, o Judiciário abarca o afastamento das normas inconstitucionais do sistema jurídico brasileiro sem produzir enunciados que inovem em campo reservado à atuação dos outros dois poderes e, a provocação da efetivação das funções destes, representando um contrapeso necessário no sistema de *checks and balances*. É o que ocorre com o controle de constitucionalidade por intermédio do mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão quando falta norma regulamentadora que torne viável o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, e também a ação de descumprimento de preceito fundamental.⁵³

Todavia, conforme as meditadas palavras de Jeremy Waldron:

As pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e

⁵² SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

⁵³ ZOCKUN, Maurício. **A separação dos poderes e o Judiciário como legislador positivo e negativo**. Disponível em: <<http://www.zockun.com.br/downloads/Poder%20Judici%C3%A1rio%20como%20legislador%20negativo.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2013.

seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.⁵⁴

Assim, em muitos dos recentes julgamentos proferidos pela Corte, se observa que os ministros têm claramente atuado como “legislador positivo” em campo que não lhes é típico e “criado” o direito de maneira essencialmente diversa do Poder Legislativo, mediante o auxílio de interpretações criativas e do proferimento de sentenças manipulativas aditivas.

Elival da Silva Ramos expõe que tais sentenças

[...] se estruturam sobre dois componentes: um, que se pode denominar de ablativo, que corresponde à eliminação da parte inconstitucional de um enunciado normativo, e outro, por assim dizer, reconstutivo ou adjuntivo, que consiste na identificação de um critério jurídico de decisão passível de ser junto a uma norma ou ao segmento remanescente de um regime normativo, de forma a que sejam criadas condições de conformidade do sentido recomposto da disposição normativa com a Constituição.⁵⁵

Carine Zeni tece ácidas críticas a respeito desta prática, ao admitir que não é cabível ao Judiciário invadir a esfera de outro poder sem, no mínimo, uma consulta popular posto que o próprio texto constitucional não autoriza expressamente que os juízes supram omissões desta maneira.⁵⁶

Sobre tal ponto, merece destaque a observação de Mauro Cappelletti ao citar um comentário emitido por Sir Garfield Barwick, em conferência realizada em julho de 1979, em que resta clara a possibilidade de expansão do papel criativo dos juízes, pois

[...] mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.⁵⁷

Francisco Campos acrescenta que,

⁵⁴ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p 5.

⁵⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p 217-218.

⁵⁶ ZENI, Carine. **O Poder Judiciário como legislador positivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/viewFile/217/103>>. Acesso em: 04 jun. 2013.

⁵⁷ BARWICK, Garfield. **Judiciary Law: some observations thereon**, 1979. Apud: CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p 21.

O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la; é o que demonstra a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal e, particularmente, a da Suprema Corte Americana. Nos tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte.⁵⁸

Por último, parece apropriado reconhecer que, neste caso, os juízes não “criam” livremente o direito, mas são provocados pela parte interessada frente a uma ordem jurídica injusta, omissa e ultrapassada. “Não é racional que se espere *ad eternum* que uma norma seja implementada pelo Poder Legislativo, se este recusa a fazê-lo”.⁵⁹

O próximo capítulo descreve a conjuntura do tema no cenário atual, evidenciando a sua importância e a sua divergência dentro da própria Corte, através do estudo de caso da ADPF nº 54.

⁵⁸ CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. vol. 2, p 403.

⁵⁹ MARTINS, Marianne Rios. **Os limites de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo para efetivar direitos humanos de 2ª dimensão**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2013.

3 DO ESTUDO DE CASO: ADPF N° 54

O presente trabalho teve como estudo de caso a arguição de descumprimento de preceito fundamental que versa sobre a interrupção gestacional de fetos anencéfalos, registrada no Supremo Tribunal Federal, sob o número 54. Durante o trâmite processual da referida lide, foram proferidas diversas decisões, favoráveis e contrárias ao pedido, concernentes à possibilidade de não prosseguimento da gravidez e, por conseguinte, à atuação da Suprema Corte como legislador positivo.

3.1 Breve relatório

Data de 17 de junho de 2004, o ajuizamento da ação, com pedido de liminar, proposto pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, utilizando-se das prerrogativas previstas nos artigos 1º e 2º da Lei 9882/1999, *in verbis*:

Art. 1º. A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.
Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I- quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II- (*Vetado*).

Art. 2º. Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I- os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II- (*Vetado*).⁶⁰

Luís Roberto Barroso, representante da parte requerente, apontou como objeto causador da lesão os artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal⁶¹

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 9882, de 03 de dezembro de 1999.

⁶¹ Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

(Decreto-Lei nº 2848/1940) e como parâmetros constitucionais afetados, os preceitos dos artigos 1º, IV (dignidade da pessoa humana), 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), 6º, *caput* (direitos sociais) e 196 (direito à saúde) sob o fundamento de que a anencefalia torna inviável a vida extra-uterina e que a antecipação terapêutica do parto que se coadunasse com tal realidade não consubstanciaria aborto.

Para tanto, evocou na exordial, um caso de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, o *Habeas Corpus* nº 84025-6/RJ, em que o mesmo se posicionou da seguinte forma:

Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou qualquer momento em que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, da intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não.⁶²

O julgamento do *writ*, porém, foi prejudicado por perda de objeto haja vista o nascimento da criança em questão, tê-lo precedido.⁶³ Este fato, sem margem de dúvida, destacou a importância, a urgência e a atualidade da discussão novamente remetida à Corte Maior.

Ao requerer o recebimento da inicial, Barroso propôs que o julgamento fosse disposto com base na interpretação conforme a Constituição sem redução de texto, explicando que

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84025-6**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Publicado no DJ em 25/06/2004.

⁶³ BENTO, Cíntia Kelly da Cruz. **A análise da ADPF nº54/2004 à luz da hermenêutica constitucional e da teoria dos princípios**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Discentes/PDF/Cintia.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2013.

[...] nesse caso, não se postula a retirada da norma do sistema jurídico nem se afirma que ela seja inconstitucional no seu relato abstrato. A norma permanece em vigor, com a interpretação que lhe venha dar a Corte.⁶⁴

Aqui, abro um parêntese para justificar a escolha deste caso: a polêmica conferida ao aborto de feto anencéfalo reacendeu uma série de questionamentos sobre a limitação imposta ao Supremo Tribunal Federal em atuar unicamente como “legislador negativo”. A técnica de interpretação sugerida na inicial reflete claramente que esta prática tende a ser ampliada, para que a Corte atue enquanto “legislador positivo” em caso de omissão legislativa tendo como objetivo a efetivação progressiva de direitos.

Entretanto, no mesmo tribunal há quem discorde que esta tendência seja favorável para a manutenção da ordem social, como veremos na próxima seção.

Em 01 de julho de 2007, a liminar foi concedida pelo relator, sobrestando todos os processos que versassem sobre o mesmo assunto e permitindo às mulheres, portadoras de laudo médico que atestasse a anomalia, a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo. Esta decisão monocrática, todavia, não prosperou e foi cassada por maioria do pleno, em 20 de outubro do mesmo ano, vencidos os votos dos ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto, Celso de Melo e Sepúlveda Pertence.

Consoante Marcela Maria Barroso,

[...] a decisão tomada foi uma decisão antes técnica do que política, visto que os órgãos judiciais decidem a partir de uma norma já criada no âmbito do poder legislativo. Não obstante possa haver normatização no âmbito desta função, os magistrados obrigatoriamente estão adstritos à aplicação da constituição ao exercer sua função criativa.

O poder legislativo, ao contrário, exercendo a sua função principal que é fazer leis, regula os fatos sociais, e neste caminho apenas deve somente atentar para que suas construções não estejam em desacordo com leis superiores, sob pena de ter declarada a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma editada.⁶⁵

Cumprе ressaltar que, devido os efeitos gerados pelo julgamento da liminar, houve a necessidade de realização de duas audiências públicas com o objetivo de dar voz aos diferentes setores da sociedade civil a respeito do tema, sem

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJ em 30/04/2013.

⁶⁵ BARROSO, Marcela Maria Gomes Giorgi. **Aborto no Poder Judiciário**: o caso da ADPF 54. p 59-60. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/.../2/.../dissertacao_Marcela_Giorgi_Barroso.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2013.

limitar àquelas entidades que requereram a admissão no processo na condição de *amicus curae*.

Em suma, o resultado final da ação foi favorável à procedência do pedido, oito votos a dois, permitindo que gestantes de fetos anencéfalos interrompessem ou dessem continuidade na gravidez.

3.2 Argumentação do Supremo Tribunal Federal

O relator da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 54/DF), Ministro Marco Aurélio, destacou no início do seu voto, a elevada intensidade argumentativa a respeito da possibilidade de interrupção gestacional de feto anencéfalo uma vez que

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência.⁶⁶

Em seguida, o ministro discorre sobre a laicidade do Estado e a sua importância no proferimento de decisões imparciais quando envolvidas “concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias”, entranhadas na vida social. E explica que,

A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia. Isso não quer dizer, porém, que a oitiva de entidades religiosas tenha sido em vão. Como bem enfatizado no parecer da Procuradoria Geral da República relativamente ao mérito desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, “numa democracia, não é legítimo excluir qualquer ator da arena de definição do sentido da Constituição. Contudo, para tornarem-se aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos devem ser devidamente ‘traduzidos’ em termos de razões públicas” (folhas 1026 e 1027), ou seja, os argumentos devem ser expostos em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença.⁶⁷

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2013.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2013.

Com referência à anencefalia, Marco Aurélio, sustentando o entendimento de diversos especialistas da área, é bem enfático ao denotar que o feto portador desta patologia não exprime vida em potencial, mas uma morte segura. Além disso, afasta a possibilidade de manutenção da gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos por molestar diretamente a dignidade da mulher, coisificando-a.

Neste voto ainda foram levantadas questões envolvendo o direito à vida dos anencéfalos, o caráter não absoluto do direito à vida, bem como a discussão do caso sob o ângulo do direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade daquela que escolhe cessar ou prosseguir com a gravidez em debate.

Ao final, restou clara a percepção do relator ao afastar a constitucionalidade na interpretação que criminaliza a antecipação terapêutica de parto com feto anencéfalo, nivelando-a a outra excludente de ilicitude do aborto.

Em seus votos, a Ministra Rosa Weber e o Ministro Joaquim Barbosa acompanharam o entendimento do relator sob o argumento de que cabe à própria gestante optar sobre o futuro da gravidez nesse caso, no intento de proteger a sua saúde física e psíquica.

Joaquim Barbosa, inclusive, fez constar, com algumas modificações, a juntada do seu voto revelado no julgamento do já mencionado *Habeas Corpus* nº 84025-6/RJ. Ao pronunciar-se, por exemplo, sobre a aplicação da interpretação conforme a Constituição, o ministro afasta a tese levantada pelo Procurador-Geral da República, em que alega que tal ato configuraria usurpação de função do poder legislativo. Em seus dizeres,

[...] a interpretação conforme – ou, para usar uma variante terminológica, a declaração de constitucionalidade sob reserva de interpretação – é uma entre as várias conformações que podem ser dadas ao pronunciamento do órgão incumbido do controle de constitucionalidade sobre um conflito entre normas de hierarquias distintas.⁶⁸

Ao prolatar o seu voto também em procedência da ação, o Ministro Luiz Fux elucidou que a interpretação jurídica deve acompanhar as constantes transformações sociais visto que,

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBarbosaADPF54.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2013.

[...] não se coaduna com a sociedade moderna nacional e organizada o intuito punitivo, desenfreado e desconectado da função preventiva da reprimenda e da necessidade de reservar para o Direito Penal apenas aquelas situações realmente aviltantes para a vida em comunidade.⁶⁹

Por outro lado, o Ministro Ricardo Lewandowski abriu divergência ao voto do relator e votou pela improcedência da ADPF, asseverando que qualquer decisão envolvendo tema de tamanha relevância deveria ser, primeiramente, alvo de vasta discussão pública e, em seguida, remetido ao Congresso Nacional para que

[...] caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto de fetos anencéfalos, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição.⁷⁰

Além disso, ao tecer comentários acerca da interpretação conforme a Constituição, o ministro reforçou os limites de atuação do Judiciário que por vezes se esbarra e se confunde com o Legislativo, ao se encontrar revestido por moldes do ativismo judicial e do neoconstitucionalismo. Defendeu, pois, o papel do Supremo Tribunal Federal enquanto “legislador negativo” e censurou veementemente a sua postura positiva e criativa em respeito ao princípio da separação dos poderes.

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes do legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.⁷¹

E insiste,

[...] sem lei devidamente aprovada pelo Parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto da Rocha

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interruptcao-gravidez-anencefalo.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2013.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2013.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2013.

Tarpéia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas.⁷²

Os votos dos ministros Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Celso de Mello se uniram aos que os antecederam, contemplando a pretensão da requerente com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade.

Finalmente, o presidente, Ministro Cezar Peluso, se manifestou pela improcedência do pedido, acompanhando a opinião talhada pelo Ministro Ricardo Lewandowski ao expor que, cabe ao Congresso Nacional dispor se a questão levantada merece ou não prosperar enquanto excludente de ilicitude.

A solução não cabe nesta via, em primeiro lugar diante da reconhecida impossibilidade de aplicação analógica ou interpretação expansiva de normas limitadoras de excludentes de punibilidade, em restrição ou dano ao alcance da tutela constitucional garantida à dignidade da vida humana. Nesta seara, a interpretação há de ser, antes, ampla e generosa na proteção ao valor supremo do ordenamento jurídico, sobretudo quando, como no caso, eventual mutilação hermenêutica do espectro dessa tutela seria sustentada e imposta para favorecer mero sentimento doloroso doutros seres humanos, como se tal estado psíquico, a que estão sujeitas todas as pessoas, constituísse título jurídico hábil para, sob fundamento de excessiva insuportabilidade, justificar o extermínio da vida de inocentes indefesos.

Não se pode, tampouco, em segundo lugar, pedir a esta Corte que, atuando indevidamente como legislador positivo, tenha a ousadia de criar hipótese de exclusão de punibilidade do aborto, ou de desnaturar-lhe a tipicidade, quando carece de legitimidade e competência constitucionais para tanto.⁷³

3.3 Análise da argumentação

Ao analisar o caso, tem-se que os votos contrários à procedência da ação se pautavam sob o raciocínio de que

[...] a criação de leis e de tipos criminais seria competência exclusiva do Poder Legislativo, que, enquanto órgão representativo e democrático, teria a função de apreciar os valores sociais e convertê-los em normas jurídicas, restando ao órgão de controle a verificação da compatibilidade ou não

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2013.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Voto do Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 09 jun. 2013.

destas normas com a Constituição enquanto norma superior hierárquica do ordenamento jurídico.⁷⁴

É neste ponto, mais uma vez, que comungo do juízo proferido nos votos da maioria deste tribunal ao admitir um caráter expansivo ao desempenho da jurisdição constitucional sem provocar uma exacerbação da função judicial ou uma usurpação de competência e, conseqüentemente, uma violação direta ao princípio da separação dos poderes.

Ao pronunciar o acórdão, o ministro relator, Marco Aurélio, destacou que mesmo que fosse considerada a vontade do legislador ao eximir-se de incluir o caso em estudo no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no artigo 128 do Código Penal, tal fato não impossibilitaria o Supremo Tribunal Federal de se posicionar acerca da lide. Isto porque, o caráter aditivo vislumbrado na decisão proferida abarca a impossibilidade do legislador da época de se situar acerca do assunto, posto que o uso da ultrassonografia e de outras tecnologias que permitem o diagnóstico seguro de má-formação do feto não se encontravam disponíveis ao tempo. Além disso, uma vez provocado, o Poder Judiciário não pode se omitir alegando ausência de legislação específica sobre o assunto.

No debate sobre a interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo, as normas incriminadoras do aborto voluntário (caso se assumisse, *ad argumentum*, que a vontade do legislador tenha sido a de retirar a hipótese dos casos de excludente de ilicitude) devem ser interpretadas de acordo com as possibilidades atuais do sistema. E nesse sentido viu-se que relativa é a proteção que o direito posto dá ao feto. Tanto é que, repiso, mesmo na situação incontestável de vida do feto com expectativas absolutamente normais de desenvolvimento após o parto, a mulher não é obrigada a ter o filho quando sofre estupro. O legislador não deixa, portanto, de levar em consideração a mulher, ou, de outra forma, o ordenamento não protege o feto em todas as hipóteses. Logo, em caso de inviabilidade da vida humana, presente vida tão somente biológica, não há como concluir proteção, o ordenamento, o feto em detrimento da mãe. Pelo contrário, a leitura sistêmica conduz à compreensão de que a proteção está do lado da mãe. O argumento da vontade do legislador não se mostra consistente, pois, para levar a juízo de improcedência da ADPF. Tudo indica que só não contemplada a anencefalia no rol das excludentes de ilicitude por falta de condições tecnológicas de diagnosticá-la à época.⁷⁵

⁷⁴ LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Considerações acerca da decisão do Supremo Tribunal brasileiro sobre a interrupção da gravidez em casos de anencefalia (ADPF 54)**. Disponível em: <http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano6_2/Consideracoes15.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2013.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJ em 30/04/2013.

Com relação à permanência da norma impugnada e a ampliação do seu conteúdo normativo, há que se diferenciar a atividade legislativa e a adição conferida pelo juiz no exercício de sua função interpretativa. Como bem ressaltado pelo professor Edilson Pereira Nobre Júnior, ambas as atividades podem coexistir e é preferível que o façam em benefício à harmonização entre poderes.

Com efeito, entre a atividade legislativa e a adição, oriunda do manuseio da exegese em harmonia com a Constituição, há um límpido e inegável ponto de distanciamento: é que, ao contrário do que acontece com o legislador, não se tem a elaboração de uma norma jurídica, com a descrição àquele peculiar, mas tão-só o complemento da existente, a partir de solução constante do sistema jurídico, cuja descoberta se deve ao labor do intérprete. Há, sem margem de dúvida, atividade de criação jurídica, sem embargo de inexistir típica ação legislativa.⁷⁶

No próprio voto emitido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, pode-se perceber que o Congresso Nacional não está alheio a problemática da anencefalia tendo em vista a existência de diversas iniciativas parlamentares tendentes a alargar as excludentes de ilicitude na prática de aborto, a mencionar: PL nº 50/2011, do Senador Mozarildo Cavalcanti; PL nº 4403/2004, da Deputada Jandira Feghali; PL nº 4304/2004, do Deputado Eduardo Valverde; PL nº 3744/2004, do Deputado Coronel Alves; PL nº 2929/1997, do Deputado Wigberto Tartuce; PL nº 956/1996, da Deputada Marta Suplicy; PL nº 3280/1992, do Deputado Luiz Moreira; e PL nº 1174/1991, do Deputado Eduardo Jorge.⁷⁷

No entanto, como bem se nota, a aprovação destes projetos se dá por prejudicada a partir do momento em que o próprio órgão escolhido para representar o povo se encontra maculado.

Destaca Roberto Amaral:

A crise política brasileira é potencializada pela falência dos partidos (esses perdem espaço cedendo lugar a sub-bancadas corporativas, intra-partidárias, grupos de interesse, *lobbies*) e, por consequência, pela eliminação do debate de ideias, donde a emergência do que a crônica política chama de 'baixo clero'. Mas, some-se a tudo isso a incapacidade de coalizão governista de administrar sua base parlamentar. [...] A este quadro, por si preocupante, acrescenta-se o progressivo distanciamento entre a

⁷⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo**. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/540/Direito%20Publico%20n132006_Edilson%20Pereira%20Nobre%20Junior.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 jun. 2013.

⁷⁷ FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **Do aborto de fetos anencéfalos e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54**: a reflexão continua. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21612/do-aborto-de-fetos-anencefalos-e-a-decisao-do-supremo-tribunal-federal-na-adpf-54-a-reflexao-continua>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

sociedade, o eleitorado, a cidadania e o Poder Legislativo. O povo não se identifica com o Congresso que elege, e o parlamentar não representa seu eleitor. É gravíssima a crise de representatividade. E se revelará muito frágil a democracia na qual o eleitor não confia mais na força de seu voto.⁷⁸

Ainda assim, o Congresso Nacional, hodiernamente, se posiciona com relação à atuação positiva do Supremo Tribunal brasileiro através da PEC nº 33/2011, cujo objetivo gira em torno da retomada do poder legiferante pelo legislador devidamente investido pelo povo. Isto implica na submissão de decisões do Poder Judiciário, desde as súmulas vinculantes até as declarações de constitucionalidade e inconstitucionalidade emitidas pela Suprema Corte, à aprovação do Congresso Nacional, bem como a alteração do quórum decisório, de seis para nove, necessário para declarar a inconstitucionalidade de uma norma.⁷⁹

Rodrigo Lago não descarta os perigos que a aprovação desta proposta pode acarretar ao alegar que:

Alguns poderão argumentar que o que se discute é apenas a redução dos poderes do Supremo, que vem se excedendo no denominado ativismo judicial e na judicialização da política. [...] O pano de fundo da proposta, todavia, esconde problema ainda maior que mera briga por poder. O que está em jogo é o rol de cláusulas constitucionais rígidas, as conhecidas cláusulas pétreas, que não podem sofrer sequer ameaças. Se a PEC 33 for aprovada, as cláusulas pétreas tornar-se-ão desprotegidas, podendo ser flexibilizadas.⁸⁰

De tudo isso, o que se extrai é bem óbvio: em momento algum, busquei defender a fragilização do Congresso Nacional no intuito de fortalecer e impulsionar a atividade do Supremo Tribunal Federal enquanto “legislador positivo”. Ao contrário, entendo que há um atraso na renovação necessária referente ao desempenho das funções típicas do Poder Legislativo, excepcionalmente e, até então, benignamente suprida pelo Judiciário na qualidade de contrapeso. Deve-se considerar, ainda, a necessidade de se adaptar as normas ao caso concreto e, inevitavelmente o suprimimento de lacunas legais; o papel contramajoritário de proteção das minorias

⁷⁸ AMARAL, Roberto. **A quem interessa a crise do Poder Legislativo?** Disponível em: <<http://www.psb40.org.br/bib/b395.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

⁷⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 33**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

⁸⁰ LAGO, Rodrigo. **A PEC 33 como uma britadeira de cláusulas pétreas**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-33-como-uma-britadeira-de-clausulas-petreas>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

desempenhadas pelo Judiciário; e a prevalência de alguns princípios basilares sobre regras rígidas que têm beneficiado a efetivação de direitos constitucionais.

Afinal, uma integração entre os poderes parece ser a maneira mais apropriada de se manter preservado o equilíbrio de funções no Estado Democrático de Direito do que a sobreposição de um poder pelo outro.

CONCLUSÃO

O presente estudo permitiu compreender que a atuação do Supremo Tribunal Federal como “legislador positivo” é uma realidade, mesmo que o próprio não a admita e, ainda assim, continue realizando sutis alterações em seu papel institucional em casos excepcionais.

Para tanto, vislumbrou-se que o exercício de um poder concentrado e injusto, como comumente identificado em sociedades primitivas, foi substituído pela sua fragmentação no intuito de distribuir equilibradamente as funções desempenhadas pelo Estado e manter a estabilidade em uma sociedade que zela pela efetivação dos direitos do seu povo.

Durante a construção histórica de um dos princípios mais importantes para a estruturação do Estado Democrático de Direito, o da separação dos poderes, vimos que as funções estatais atribuídas a órgãos distintos e especializados já se confundiram e se limitaram para, posteriormente, se expandirem. Isto foi inferido a partir da análise de trabalhos desenvolvidos e aprimorados por teóricos clássicos como Aristóteles, Rousseau, Locke, Montesquieu, Kant e Kelsen e célebres juristas americanos, Madison, Hamilton e Jay, que ainda se fazem repercutir no atual modelo previsto pelo ordenamento jurídico pátrio.

Reflexo do neoconstitucionalismo, a releitura destas funções se deu na tentativa de garantir um exercício moderado do poder sob os moldes da tripartição independente e harmônica defendida por Montesquieu e do sistema de *checks and balances*, que conferiu ao Poder Judiciário a possibilidade de suprir as omissões dos demais poderes, interpretando e concretizando princípios lavrados na própria Constituição Federal.

Tal realidade, indubitavelmente, foi propulsora da “transferência” do poder legiferante, em caráter excepcional, ao Pretório Excelso, contrariando doutrina e jurisprudência que defendiam a atuação exclusiva do órgão como “legislador negativo”. Merece ser considerada, neste íterim, que a sua forma de “criar” o direito é essencialmente diversa daquela praticada pelo Legislativo uma vez que, com o auxílio de interpretações criativas e do proferimento de sentenças manipulativas

aditivas, o Judiciário apenas preenche lacunas legislativas e dissolve obscuridades, ambigüidades e incertezas que sempre haverão de existir.

Este é o atual panorama no qual estamos inseridos, como bem visualizado a partir da análise da ADPF nº 54. Ao guardião do texto constitucional não mais se restringe o estrito cumprimento da vontade do legislador, mas a adequação da norma positivada às necessidades contemporâneas, agregando valores aos aspectos fáticos para a contemplação da vontade social.

Não perdemos de vista, durante a realização deste trabalho, os variados eventos que motivaram a propagação do ativismo judicial, dentre os quais, a inércia e a ostentação de uma postura autoritária em face às minorias sufocadas, por parte do Legislativo e do Executivo, que prejudicam a efetivação de direitos fundamentais em nome de conveniências político-partidárias.

Além disso, as indicações de renomados profissionais ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal que não exerciam atividades ligadas àqueles poderes e a ampliação da atividade normativa do Judiciário por meio de súmulas vinculantes em um terreno constitucional amplamente flexível, afastaram a necessidade de se recorrer aos outros dois poderes nos casos em que uma mera interpretação criativa, fruto do aprimoramento da hermenêutica jurídica, supriria o problema.

Há que se salientar também que, apesar de tal fenômeno ter aplicabilidade positiva no que diz respeito a sua postura concretizadora de direitos, o ativismo deve assumir um papel ameno, equilibrado e coerente para evitar que qualquer indicativo de abuso de poder ou usurpação de prerrogativas funcionais promova uma crise entre os poderes e oculte os verdadeiros objetivos do povo.

Finalmente, ao passo em que aumentaram as demandas judiciais e precedentes foram reformados, cresceu também a insatisfação dos reais representantes da vontade popular acerca desta atitude criativa e proativa do Judiciário. Um exemplo disso, como ressaltado no trabalho, foi a propositura da PEC nº 33/2011, em que o Legislativo sustentou a proibição da Suprema Corte em proceder livremente a decisões cujo caráter seja aditivo, sem que estas sejam submetidas à apreciação de órgãos vinculados a ele.

Com propriedade, verifico que a discussão sobre o assunto não se deu por esgotada, cabendo-nos, enquanto operadores do direito, ficar atentos para o que se descortina sem instigar uma tensão entre poderes. A democracia plena e segura é, sem dúvida, fruto da cooperação, de um “pacto” alcançado pelas forças que compõem um único Estado.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Armando. **A teoria da separação de poderes na doutrina política de Locke**. Disponível em:

<http://armandoalbuquerque.com/albuquerque_armando_2001.pdf>. Acesso em: 09 maio 2013.

ALMEIDA, Flávio de. **Separação de poderes: separação ou distribuição de funções?**. Disponível em: <<http://amigonerd.net/humanas/direito/separacao-de-poderes-separacao-ou-distribuicao-de-funcoes>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **A teoria da separação de poderes na concepção kelseniana**. Disponível em:

<www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/25645-25647-1-PB.html>. Acesso em: 14 maio 2013.

AMARAL, Roberto. **A quem interessa a crise do Poder Legislativo?** Disponível em: <<http://www.psb40.org.br/bib/b395.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

ARISTÓTELES. **A Política**. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. Disponível em:

<http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas.pdf>. Acesso em: 22 maio 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em:

<<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

BARROSO, Marcela Maria Gomes Giorgi. **Aborto no Poder Judiciário: o caso da ADPF 54**. p 59-60. Disponível

em: <www.teses.usp.br/teses/.../2/.../dissertacao_Marcela_Giorgi_Barroso.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2013.

BENTO, Cíntia Kelly da Cruz. **A análise da ADPF nº54/2004 à luz da hermenêutica constitucional e da teoria dos princípios**. Disponível em:

<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Discentes/PDF/Cintia.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2013.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora UnB, 1998. vol 2.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p 233.

BRASIL. Lei nº 9882, de 03 de dezembro de 1999.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 33**.

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Inconstitucionalidade nº 872**.

Relatora: Ministra Ellen Graice. Publicado no DJ em 20/09/2002. Republicado no DJ em 11/10/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84025-6**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Publicado no DJ em 25/06/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJ em

30/04/2013.

BRITO, Ludmila Silva de. **Juízes legisladores: da ilegitimidade à insegurança**.

Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15794-15795-1-PB.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2013.

BRUNO NETO, Francisco. **A separação dos poderes**. Disponível em:

<<http://www.profbruno.com.br/03%20DIREITO%20CONSTITUCIONAL/RES%2047a%20AULA%20-%20A%20SEPARA%C7%C3O%20DOS%20PODERES.pdf>>.

Acesso em: 07 maio 2013.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. vol. 2.

CANUT, Letícia; CADEMARTORI, Sérgio. **Neoconstitucionalismo e o direito à**

saúde: algumas cautelas para a análise da exigibilidade judicial. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/neoconstitucionalismo-e-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-algumas-cauteladas-para-an%C3%A1lise-da-exigibilidade-judi>>.

Acesso em: 31 maio 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

DELGADO, José Augusto. Ativismo judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. **Processo Civil Novas Tendências: homenagem ao professor Humberto Teodoro Jr**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **Do aborto de fetos anencéfalos e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54: a reflexão continua.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21612/do-aborto-de-fetos-anencefalos-e-a-decisao-do-supremo-tribunal-federal-na-adpf-54-a-reflexao-continua>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **A tripartição dos poderes em Montesquieu.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-14/embargos-culturais-triparticao-poderes-montesquieu>>. Acesso em: 16 maio 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

LAGO, Rodrigo. **A PEC 33 como uma britadeira de cláusulas pétreas.** Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-33-como-uma-britadeira-de-clausulas-petreas>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

LIMA, Isan Almeida. **Neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica dos princípios e direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14737/neoconstitucionalismo-e-a-nova-hermeneutica-dos-principios-e-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 31 maio 2013.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Considerações acerca da decisão do Supremo Tribunal brasileiro sobre a interrupção da gravidez em casos de anencefalia (ADPF 54).** Disponível em: <http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano6_2/Consideracoes15.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2013.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos.** Petrópolis: Vozes, 1994.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado brasileiro.** Disponível: <www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf>. Acesso em: 14 maio 2013.

MARINHO, Ernandes Reis. **As relações de poder segundo Michel Foucault.** Disponível em: <www.facitec.br/ojs2/index.php/erevista/view/7>. Acesso em: 18 maio 2013.

MARTINS, Marianne Rios. **Os limites de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo para efetivar direitos humanos de 2ª dimensão.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_marianne_rios_martins.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2013.

MILÍCIO, Gláucia. **Ativismo judicial estica limites da justiça**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/ativismo-judicial-ainda-causa-polemica-comunidade-juridica>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo**. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/540/Direito%20Publico%20n132006_Edilson%20Pereira%20Nobre%20Junior.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 jun. 2013.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 2 jun. 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

PELICIOLO, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação de poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 169. jan. 2006, p. 21-30.

PETRACIOLO, Rafael da Silveira. **Ativismo judicial, democracia e direito eleitoral**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13579/ativismo-judicial-democracia-e-direito-eleitoral>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora Limitada, 1989.

PIOLI, Roberta Raphaelli. **PEC 33 e a ofensa ao sistema de freios e contrapesos**. Disponível em: <ultimainstancia.uol.com.br/conteúdo/colunas/62610>. Acesso em: 12 maio 2013.

POLVEIRO JÚNIOR, Elton E. **Desafios e perspectivas do poder legislativo no séc. XXI**. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD30-EltonPolveiroJr.pdf>. Acesso em: 16 maio 2013.

POSSÍVEIS causas do recente ativismo judicial no STF. Disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/14081/14081_5.PDF>. Acesso em: 02 jun. 2013.

RAMOS, António José da Ascensão. **Ativismo judicial**. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com/doutrina/2012/antonioramos_ativismojudicial.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. **Teorias da separação dos poderes**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2074>. Acesso em: 28 abr. 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Críticas ao ativismo judicial**. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=1837>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013.

SILVA, Christine Oliveira Peter da.; REINERT, Larissa Friedrich. **A legitimidade na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal**: uma análise à luz da doutrina de Niklas Luhmann. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11036&revista_caderno=9>. Acesso em: 27 abr. 2013.

SOUZA, Danielle Aleixo Reis do Valle. **A Judicialização da Política Externa Brasileira**: a disputa na OMC sobre os pneus reformados e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no STF. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6423>. Acesso em: 02 jun. 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Montesquieu nunca pensou em um Judiciário nos moldes brasileiros**. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4251&secao=383>. Acesso em: 16 maio 2013. Entrevista concedida a Márcia Junges.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 29 maio 2013.

VALENTE, Daniel Carvalho Oliveira. **Teoria traz novas concepções às relações de trabalho**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2009-jun-26/conceito-poder-concepcao-relacoes-trabalho>. Acesso em 18 maio 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZENI, Carine. **O Poder Judiciário como legislador positivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais.** Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/viewFile/217/103>>. Acesso em: 04 jun. 2013.

ZOCKUN, Maurício. **A separação dos poderes e o Judiciário como legislador positivo e negativo.** Disponível em: <<http://www.zockun.com.br/downloads/Poder%20Judici%C3%A1rio%20como%20legislador%20negativo.pdf.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2013.